Die Beweislast für das Verschulden bei sog. positiver Vertragsverletzung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Aloys Spenneberg
Gerichtsreferendar aus Borghorst in Westfalen.

Approbiert am 15. Februar 1937.

Borghorst (Westf.).
Buchdruckerei Tecklenborg
1937.

1937/146

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler

Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

A. Einleitung.

§ 1: Die Bedeutung der Beweislast insbesondere der Beweislast für das Verschulden bei sog. positiver Vertragsverletzung . . . . . 7— 9

B. Hauptteil: Die Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung.

I. Teil: Die positiven Vertragsverletzungen.

§ 2: Die Lehre Staubs 10

§ 3: Die Arten der positiven Vertragsverletzungen . . . 11—12

§ 4: Der Begriff der positiven Vertragsverletzung . . . 12

II. Teil: Der Streit um die Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung.

§ 5: Die sog. Unmöglichkeitstheorie . . . . . 13—17

§ 6: Die sog. Verzugstheorie Rogowskis . . . . . 17—18

§ 7: Die Lehre Rosenbergs . . . . . 18—20

§ 8: Die Ansicht Rabels . . . . . 20—21

§ 9: Leonhards Lehre . . . . . 21—22

§ 10: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . . 23—26

III. Teil: Die Lösung des Problems.

§ 11: Der Grundgedanke der §§ 282, 285 BGB. und seine Anwendbarkeit auf die positiven Vertragsverletzungen 27—31

C. Schluß.

§ 12: Die Bedeutung des Ergebnisses für das geltende und zukünftige Recht . . . . . 32—33

Schrifttum.

Archiv für die zivilistische Praxis. Angegebene Bände (Abgekürzt Arch. für d. Ziv. Pr.)

Das Recht Deutschlands Oberstrichterliche Rechtsprechung. Angegebene Bände (Abgek. Recht).

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitg. Marburg 1932.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Angegebene Bände (abgekürzt RGZ.).

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. I. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.

Gruchots: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Angegebene Bände (Abgek. Gruch. Beitr.).

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Himmelschein: Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in Arch. f. d. ziv. Pr. 135, 255 ff.

Juristische Wochenschrift, Angegebene Bände (abgekürzt JW.).

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Erster Teil Berlin 1906.

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl., Berlin 1929.

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß in Arch. f. d. ziv. Pr. 101, 81 ff.

Leonhard: Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band I, Allg. Teil, Berlin und Leipzig 1888.

Planck-Siber: Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Rabel: Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge in Z. Ausl. R. und Int. Pr. Bd. 6, S. 28 ff.

Reichsgerichtsräte Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd. §§ 1—432. 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.

Rogowski: Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers in Fällen der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungs-Obligation und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast? in Arch. f. d. ziv. Pr. 104 S. 303 ff.

Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung. 2. Aufl., Berlin 1923.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. in Gruch. Beitr. 46, 1 ff.

Seufferts: Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Angegebene Jahrgänge (Abgek. Seuff.).

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. Bd., 5. Aufl., Stuttgart 1931.

Staub: Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Dritter Band, 12. u. 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

Staub-Müller: Die positiven Vertragsverletzungen. 2. Aufl., Berlin 1913.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl., München Berlin und Leipzig. 1930.

Stein-Jonas-Gaupp: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 15. Aufl., Tübingen 1934.

Stoetzer: Die Theorie der positiven Vertragsverletzungen. Diss. Leipzig 1932.

Stoll: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 136, S. 257 ff.

Stoll: Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrechte der Akademie für deutsches Recht.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Warneyers: Jahrbuch der Entscheidungen der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt sind. Angegebene Bände (Abgek. Warneyer).

Wolf: Die Beweislast für Verschulden. Diss. Marburg 1927.

Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat. Recht. Angegebene Bände (Abgek. Z. Ausl. R. u. Int. Pr.).

Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Festgabe für Paul Krüger. Berlin 1912.

A. Einleitung.

§ 1.

Die Bedeutung der Beweislast insbesondere der Beweislast für das Verschulden bei sog. positiver Vertragsverletzung.

Leonhard hat an den Anfang seines bekannten Werkes: „Die Beweislast" den in doppelter Hinsicht bezeichnenden Satz gestellt: „Bei den Fragen der Beweislast ist fast nur das Eine sicher, daß sie eine außergewöhnlich große praktische Bedeutung haben." In der Tat zählt die Lehre von der Beweislast zu den umstrittensten, zugleich aber auch praktisch wichtigsten Fragen des bürgerlichen Rechts.

Der lebhafte Streit, der um das Problem der Beweislast entstanden ist, ist im wesentlichen auf zwei Umstände zurückzuführen, einmal auf die besonderen, allgemein anerkannten Schwierigkeiten, die schon die Beantwortung einzelner Beweislastfragen außerordentlich erschweren, dann aber auch auf das Fehlen einer umfassenden gesetzlichen Regelung der Beweislast. Die Zivilprozeßordnung hat sich mit der Beweislast nicht befaßt, sondern ihre Regelung dem materiellen Recht überwiesen. Die Gesetzgeber des bürgerlichen Gesetzbuchs haben dann zwar versucht, in den §§ 193—198 des ersten Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch durch allgemeine Grundsätze die Frage der Beweislast gesetzlich zu regeln. [1]) Allein diese Bestimmungen wurden bereits in der zweiten Lesung wieder gestrichen, weil sie teils überflüssig, teils gefährlich erschienen und die Frage im ganzen für eine abschließende Regelung noch nicht genügend geklärt sei. [2]) Auf Grund dieser Erwägung hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, nur in vereinzelten Fällen Regeln für die Verteilung der Beweislast aufzustellen. [3]) Es darf daher nicht verwundern, wenn es der Wissenschaft in der Folgezeit nicht gelungen ist, in der Lehre von der Beweislast insgesamt und auch in den gesetzlich nicht erfaßten Einzelfragen zu einer einhelligen Auffassung zu gelangen.

---

[1]) Mot. I, S. 382 f.
[2]) Prot. S. 258 ff., insbesondere S. 263.
[3]) Vgl. z. B. §§ 282, 345, 363 BGB.

Darüber hinaus gehört die Frage der Beweislast aber auch zu den praktisch-wichtigsten Fragen des Prozeßrechts. In zahlreichen Fällen hängt von ihrer Beantwortung der Ausgang des Rechtsstreits ab. Grundsätzlich darf der Richter nämlich einer Klage nicht schon dann stattgeben, wenn der Kläger das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs behauptet, sondern erst dann, wenn es auch hinreichend bewiesen ist. Was soll nun aber geschehen, wenn ein erforderlicher Beweis unmöglich ist, was bei der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnis keine Seltenheit sein wird, oder wenn die Parteien vor der Erbringung eines Beweismittels wegen der damit etwa verbundenen und verhältnismäßig hohen Kosten zurückschrecken? Worauf die Unbewiesenheit einer erheblichen Tatsache im Einzelfall auch immer zurückzuführen sein mag, keinesfalls darf der Richter den Parteien die erbetene Entscheidung mit der Begründung vorenthalten, daß das Vorbringen der Parteien und das Ergebnis der Beweisaufnahme keinen sicheren Schluß darauf zulasse, ob die Voraussetzungen des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs gegeben seien oder nicht. Trotz dieser Ungewißheit muß der Richter entscheiden, ob nach dem Antrage des Klägers oder des Beklagten, hängt davon ab, wer die Beweislast für die nicht bewiesene Tatsache trägt. Denn die Regeln von der Beweislast „geben den Ausschlag bei der Beantwortung der Frage, welcher Partei die Nichtbewiesenheit einer erheblichen Tatsache zum Nachteil gereicht." [4]) „Die Beweislast ist die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit." [5]) Wenn daher eine vom Kläger zu beweisende Tatsache unbewiesen bleibt, dann muß der Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden, hat dagegen der Beklagte die Beweislast, so muß er verurteilt werden, obschon nicht einmal alle Voraussetzungen seiner Schuld feststehen.

Was Leonhard somit zutreffend über die Beweislast ganz allgemein gesagt hat, das gilt in besonderem Maße für die Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung. [6])

Hier ist die Gefahr einer unterschiedlichen Lösung des Problems noch erheblich größer, weil auch die Lehre von den posi-

---

[4]) So das RG. bei Seuff. 44/144, ebenso Rosenberg S. 11.

[5]) So Leonhard, a. a. O., S. 128.

[6]) Daß der Ausdruck „positive Vertragsverletzung" in mehrfacher Hinsicht unrichtig ist, ist bereits frühzeitig und wiederholt im Schrifttum betont worden. Vgl. hierzu Stötzer, a. a. O. S. 4 u. insbesondere die umfassende Darstellung bei Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 55, I. Er hat sich aber trotzdem eingebürgert, ist schwer zu ersetzen und soll deshalb auch hier beibehalten werden.

tiven Vertragsverletzungen äußerst umstritten ist,[7]) und weil nach der im Schrifttum vorherrschenden und auch wohl richtigen Ansicht die zahlreichen Anwendungsfälle jener Lehre eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht erfahren haben.[8]) Es kommt noch hinzu, daß das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens unter den Parteien erfahrungsgemäß bedeutend häufiger bestritten ist, als das Vorliegen der übrigen, meist auch noch späterhin ohne besondere Schwierigkeit sinnfällig wahrnehmbaren, Anspruchsvoraussetzungen, und daß der Verschuldensnachweis in zahlreichen Fällen nur durch eine umfangreiche und kostspielige Beweisaufnahme erbracht werden kann. Die belastete Partei wird sich aber nicht nur schon aus eigenem Interesse um die Beibringung zweckdienlicher Beweismittel bemühen müssen, sondern hat außerdem grundsätzlich für die dem Gericht durch die Beweisaufnahme entstehenden Kosten und Auslagen Vorschuß zu leisten.

Trotz ihrer außerordentlichen Bedeutung ist die Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung, wie sich noch zeigen wird, im Schrifttum vollkommen unterschiedlich, und auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich und nicht immer frei von inneren Widersprüchen gelöst worden. Im folgenden soll nun versucht werden, nach einer kurzen Erläuterung des Begriffs „positive Vertragsverletzung" und im Anschluß an eine Darstellung der verschiedenen Ansichten zu einer befriedigenden Lösung des Problems zu gelangen.

---

[7]) Ueber den Stand der Meinungen mit weiteren Schrifttumsnachweisen siehe Stoetzer S. 9 ff. Die fast berüchtigte Streitfrage, aus welcher Vorschrift sich die Haftung des positiv vertragswidrig handelnden Schuldners ergebe, hat allerdings inzwischen insofern an praktischer Bedeutung verloren, als § 276 BGB. durch die ständige Uebung der Gerichte nunmehr den Sinn erhalten hat, daß der Schuldner, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, wegen seines Verschuldens auf Schadenersatz haftet. So auch mit Recht des RG. in RGZ. 106/25 und Krückmann, Instit. § 13, III, 2 b.

[8]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 55, I, II, III. Staudinger Vorbem. vor § 275 I und II; Staub-Müller, a. a. O., S. 5; Staub Komm. Anm. 174 ff. zu § 374 HGB. — A. A.: das RG. vgl. RGZ. 52/19, 53/202, 68/194, 106/25. RGR Komm. 2 zu § 276; Planck-Siber, Vorbem. 3 zu §§ 275 bis 292 und viele andere.

B. Hauptteil.

Die Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung.

I. Teil: Die positiven Vertragsverletzungen.

§ 2.

Die Lehre Staub's.

Der Name „positive Vertragsverletzung" geht auf eine erstmalig im Jahre 1902 erschienene gleichnamige Schrift des Berliner Rechtsanwalts, Dr. Hermann Staub, zurück. Dieser glaubte, in dem soeben in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuch eine Lücke entdeckt zu haben, die darin bestehen sollte, daß das Gesetz nicht in allen Fällen vertragswidrigen Verhalten des Schuldners dessen Haftung ausdrücklich vorschreibe. Diese Lücke wollte Staub durch seine Lehre von den positiven Vertragsverletzungen schließen.

Nach § 286 BGB. habe der Schuldner, so beginnt Staub,[9]) dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen. Im Verzuge sei, wer eine Leistung unterlasse, zu welcher er verpflichtet sei. Damit sei deutlich und ausreichend Fürsorge getroffen für alle Fälle, wo jemand eine Leistung nicht bewirke, die er zu bewirken verpflichtet sei, wo jemand unterlasse, was er tun solle.

Dagegen enthalte das BGB. eine gleiche Vorschrift nicht für jene außerordentlich zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verpflichtung durch positives Tun verletze, in denen jemand tue, was er unterlassen solle, oder die Leistung, die er zu bewirken habe, zwar bewirke, aber nur fehlerhaft. Auch in diesen Fällen, so folgert Staub, sei der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet und zwar in Analogie zu § 286 BGB. Außerdem sei der Gläubiger analog § 326 BGB. zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt, wenn durch ein vertragswidriges positives Verhalten des Schuldners die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet werde.

[9]) Staub-Müller, a. a. O., S. 5.

§ 3.

Die Arten der positiven Vertragsverletzungen.

Es ist das Verdienst Staubs, als erster auf eine damals noch tatsächlich bestehende Lücke im Gesetz aufmerksam gemacht zu haben. Staub's Lehre ist mit gewissen Einschränkungen auch vom Reichsgericht [10]) anerkannt und im Ergebnis von der Wissenschaft fast einhellig gebilligt worden. [11]) In dem Streit für und gegen die Richtigkeit der Begründung der Staub'schen Lehre erwies es sich als notwendig, auf die einzelnen Arten der positiven Vertragsverletzungen näher einzugehen. Dabei sind folgende Gruppen von Erscheinungsformen pflichtwidrigen Verhaltens des Schuldners besonders erörtert worden. [12]) [13])

a) Die Gruppe der Zuwiderhandlungen gegen die verschiedenartigen Unterlassungspflichten.

aa) bei selbständiger Hauptpflicht:

Der Kaufmann A hat sich dem Geschäftsinhaber B gegenüber verpflichtet, an dessen Geschäftsort kein Wettbewerbsunternehmen zu beginnen. A tut es doch. B erleidet einen beträchtlichen Kundenverlust.

bb) bei selbständiger Nebenpflicht:

Ein Werkmeister verrät Betriebsgeheimnisse, obschon er sich im Anstellungsvertrag ausdrücklich zu strengstem Stillschweigen verpflichtet hatte.

cc) bei unselbständiger Nebenpflicht:

Der Verkäufer verschweigt, daß der verkaufte Leuchtstoff explosive Bestandteile enthält. Der Käufer kommt durch sie zu Schaden.

b) Dann die außerordentlich zahlreichen Fälle mangelhafter Erfüllung und zwar

aa) durch Erbringung einer mangelhaften Leistung:

Ein Obsthändler liefert wurmstichige Aepfel.

---

[10]) Vgl. RGZ. 54/98; 57/106; 67/7.

[11]) Anders Kohler a. a. O. § 11, III. Kohler billigt z. B. dem Käufer in dem bekannten Schulbeispiel — das gelieferte Stück Vieh ist verseucht und bewirkt die Erkrankung des gesunden Viehbestandes des Käufers — nur einen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach Maßgabe von §§ 823 ff. BGB. zu.

[12]) Vgl. Staudinger, Vorbem. C, I 1—4 zu § 275; Enneccerus-Lehmann a. a. O., § 55, I a—d; Stoll, pos. Vert. Verl. in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 136, S. 261 ff.; Planck-Siber Vorbem. I, 3 zu §§ 275—292.

[13]) Die folgende Zusammenstellg. soll lediglich eine Uebersicht über die einzelnen Arten der pos. Vertr. Verletzungen geben, ohne daß im Einzelfall untersucht werden soll, ob nicht Unmöglichkeit der Leistung oder Schuldnerverzug gegeben ist.

bb) infolge schädigender Erfüllungshandlung:

Der Dekorateur hängt die Vorhänge zwar ordnungsgemäß auf, beschädigt oder stiehlt aber bei dieser Gelegenheit andere Einrichtungsgegenstände des Gläubigers.

c) Endlich die Fälle der Gefährdung der Erreichung des Vertragszweckes.

aa) durch Erfüllungsverweigerung des nicht in Verzug befindlichen Schuldners:

Der Verkäufer erklärt, die geschuldete zukünftige Leistung nicht erbringen zu wollen.

bb) Bei Bezugsverträgen durch mangelhafte Einzelleistungen:

Eine Brauerei liefert einem Gastwirt, mit dem sie einen Bierlieferungsvertrag auf längere Zeit abgeschlossen hat, schlechtes Bier.

cc) durch Vertrauensbruch bei Dauerverträgen mit besonderem Vertrauensverhältnis:

Ein Dienstmädchen klatscht in der Nachbarschaft über innere Familienangelegenheiten ihrer Herrschaft.

§ 4.

Der Begriff der positiven Vertragsverletzung.

Schon ein kurzer Ueberblick über diese am häufigsten erörterten Fälle zeigt, daß es sich bei den positiven Vertragsverletzungen um teilweise grundverschiedene Arten von Pflichtwidrigkeiten des Schuldners handelt, und daß es daher auch unmöglich ist, ihren Begriff positiv zu umschreiben. Staub meinte zwar zunächst, ihre gemeinsame Eigentümlichkeit darin erblicken zu können, daß hier das pflichtwidrige Verhalten im Gegensatz zu den Unmöglichkeits- und Verzugsfällen in einem positiven Tun des Schuldners bestehe. Allein diese Annahme trifft nicht für alle Fälle zu. Der Verkäufer des Leuchtstoffes macht sich doch gerade deshalb ersatzpflichtig, weil er es pflichtwidrig unterläßt, den Käufer auf dessen Gefährlichkeit aufmerksam zu machen. Neuerdings beschränkt man sich daher mit Recht darauf, den Begriff der positiven Vertragsverletzungen negativ zu bestimmen, indem man sagt, positive Vertragsverletzungen seien all jene Fälle schuldhafter Forderungsverletzungen, die weder den Tatbestand der Unmöglichkeit, noch den des Verzuges erfüllen.[14])

[14]) Vgl. Soergel, a. a. O. 2, I zu § 276, Stoll, pos. Vertragsverletzungen, in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 136, S. 262; Wolf, a. a. O. S. 37.

II. Teil: Der Streit um die Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung.

§ 5.

Die sog. Unmöglichkeitstheorie.

Die Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung könnte nun freilich ohne besondere Schwierigkeit beantwortet werden, wenn die angeführten Beispiele entgegen der Lehre Staub's sich restlos als Fälle gänzlicher oder teilweiser Unmöglichkeit erweisen. Denn dann unterlägen sie unmittelbar den Vorschriften der §§ 280 ff., 323 ff. BGB. Der Schuldner müßte daher, um ein klagabweisendes Urteil zu erreichen, in jedem Fall gemäß § 282 BGB. beweisen, daß die Forderungsverletzung nicht die Folge von Umständen ist, die er zu vertreten hat.

Die Meinung, daß Staub's Lehre vollkommen überflüssig sei, weil sich die Ersatzpflicht des Schuldners aus den gesetzlichen Unmöglichkeitsvorschriften unmittelbar ergebe, ist in der Tat vielfach, so von Goldmann und Lilienthal, Schöller und noch in jüngster Zeit von Himmelschein vertreten worden.

Sowohl Goldmann-Lilienthal [15]), wie auch Himmelschein [16]) gehen gemeinsam davon aus, daß dem Unmöglichkeitsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuch die Mommsen-Titzesche Unmöglichkeitslehre zugrunde liege, nach welcher der Tatbestand der Unmöglichkeit immer dann gegeben sein soll, wenn die tatsächlich erbrachte Leistung in irgend einer Beziehung hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibe. Zu diesem Ergebnis gelangt Titze durch folgende Ueberlegungen: [17])

Eine Leistung sei dann unmöglich, wenn sie notwendigerweise nicht erbracht werden könne. Die Frage, wann demnach Unmöglichkeit der Leistung vorliege, setze die Beantwortung der Frage, was unter dem Begriff „Leistung" zu verstehen sei, voraus. Die Leistungspflicht sei nicht etwas Abstraktes, sie werde vielmehr in verschiedener Beziehung näher bestimmt. Wenn jemand sich z. B. verpflichtet, 100 Zentner russischen Weizen ultimo Mai nächsten Jahres in Berlin zu liefern, so werde die Leistungspflicht in dreifacher Hinsicht individualisiert, und zwar durch ihre gegenständliche, zeitliche und örtliche Seite. Die Leistung könne nun nach allen drei Richtungen und somit gänzlich unmöglich werden, z. B. im Falle des Todes des in Person leistungspflichtigen Schuldners, oder auch

---

[15]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O. § 85, III S. 331 Anm. 60 und S. 333.
[16]) Himmelschein, a. a. O., S. 255 ff. insbesondere S. 281 ff., 286.
[17]) Titze, a. a. O., S. 1 ff., insbes: S. 31 ff.

nur in einer der gedachten Beziehungen, z. B. in Ansehung der Zeit, wenn der Schuldner das Getreide nur zu einem späteren Termin liefern könne. Die Leistung, die im Augenblick der Fälligkeit nicht bewirkt werde, sei bereits nicht mehr vollständig möglich, da die einmal verstrichene Zeit durch keine Macht der Welt wieder zurückgerufen, die Leistung somit nicht mehr in der geschuldeten Art und Weise erbracht werden könne. Das Gleiche gelte auch dann,[18]) wenn der Schuldner in örtlicher oder gegenständlicher Hinsicht seiner Leistungspflicht nicht gehörig nachkomme.

Während Goldmann und Lilienthal sich mit einem bloßen Hinweis auf Titzes Lehre begnügen und aus ihr die Folgerung ziehen,[19]) daß die positiven Vertragsverletzungen somit Tatbestände der Unmöglichkeit seien, da die tatsächlich bewirkte Leistung immer in irgend einer Beziehung von der geschuldeten abweiche, bemüht sich Himmelschein um den Nachweis, daß die Titzesche Unmöglichkeitslehre auch in den maßgeblichen Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches und der Entwürfe ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden habe. Daß dem Gesetz jener weitgefaßte Leistungs- und Unmöglichkeitsbegriff im Sinne Titzes zugrundeliege, ergebe sich namentlich, so meint Himmelschein,[20]) einmal aus § 224 Abs. 1 Satz 1 des ersten Entwurfes,[21]) wonach der Schuldner verpflichtet sei, die nach dem Schuldverhältnis ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken, und weiter auch aus § 359 des ersten Entwurfes,[22]) der den Schuldner verpflichte, neben der Hauptverpflichtung auch die nach Treu und Glauben bestehenden Nebenpflichten zu erfüllen. Die gleichen Vorschriften enthalte auch das BGB. in den §§ 157, 242.

Zu dem gleichen Ergebnis wie Goldmann-Lilienthal und Himmelschein gelangt auch Schöller.[23]) Nach Schöller verletzt der positiv vertragswidrig handelnde Schuldner in jedem Falle eine ihm obliegende Unterlassungspflicht. Jede Leistungspflicht enthalte das Verbot an den Schuldner, dem Gläubiger etwas anderes als die vertragsmäßige Leistung anzubieten. Erfülle der Schuldner in irgend einer Beziehung mangelhaft, so habe er seiner Pflicht das „Andersleisten" zu unterlassen, zuwidergehandelt. Eine einmal geschehene Zuwiderhandlung lasse sich aber

[18]) Titze, a. a. O., S. 42 f.
[19]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 85, III, 5 S. 333 unten.
[20]) Himmelschein, a. a. O., S. 295 ff.
[21]) Mot. II, 34.
[22]) Mot. II, 37.
[23]) Schöller, a. a. O., S. 1 ff., insbesondere S. 26 ff.

nicht wieder rückgängig machen, begründe daher im Sinne des Gesetzes eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht.

Es läßt sich unschwer erkennen, daß es sich bei dieser Gedankenfolge Schöllers nur um eine Anwendung der Titzeschen Unmöglichkeitslehre — mit nur unwesentlichen Abweichungen in der Begründung — auf die positiven Vertragsverletzungen handelt.

Sämtliche Unmöglichkeitstheorien scheitern an einer Verkennung des gesetzlichen Leistungs- und Unmöglichkeitsbegriffes. Es ist Himmelschein zwar zuzugeben, daß namentlich die Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch an einzelnen Stellen Anklänge an die Mommsen-Titzesche Unmöglichkeitslehre aufzuweisen. Im ganzen verdient jene Lehre jedoch keinen Beifall.

Vorweg mag nur darauf hingewiesen werden, daß Titze und Himmelschein den Begriff „Leistung" in einem anderen Sinne verstehen, als er im gewöhnlichen Sprachgebrauch verwandt wird. Titzes Lehre nötigt zu der vollkommen sprachwidrigen Auffassung, daß auch die Erfüllung der verschiedenartigen, aus dem Wesen des Schuldverhältnisses sich ergebenden unselbständigen Unterlassungspflichten, z. B. für den Dekorateur das Unterlassen des Beschädigens oder Stehlens von Einrichtungsgegenständen des Gläubigers, stets ein Teil der dem Schuldner obliegenden Leistung sei.[24]) Das Reichsgericht hat jene Auffassung in RGZ. 54/98 ohne weitere Begründung als für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zutreffend, abgelehnt.

Im übrigen läßt sich jedoch auch leicht nachweisen, daß der Unmöglichkeits- und damit auch der Leistungsbegriff im Gesetz gegenständlich gemeint ist. Hierfür spricht zunächst die Stellung und Bedeutung, die der Tatbestand der Unmöglichkeit in dem schuldrechtlichen System einnimmt[25]) und die auch von Himmelschein nicht verkannt wird. Himmelschein führt in dieser Hinsicht vollkommen zutreffend etwa folgendes aus:[26])

Der Gesetzgeber sei bestrebt gewesen, den Schuldner zur „exakten" Leistung zu zwingen und die Ersatzleistung so weit auszuschalten, als die Primärleistung möglich sei. Daher auch das Bestreben, die Voraussetzungen des Uebergangs zur Ersatzleistung möglichst genau zu bestimmen und ihn nicht über das Erforderliche hinaus zuzulassen. Der Fall, wo dieser Uebergang

---

[24]) Vgl. hierzu auch Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß in Arch. f. ziv. Pr. 101 S. 1 ff., insbesondere S. 147 ff. und 171 ff.

[25]) Vgl. hierzu auch Stoll, pos. Vert. Verl. S. 275 f.

[26]) Himmelschein, a. a. O., S. 281 ff.

notwendigerweise stattfinden müsse, wenn die Obligation nicht untergehen solle, sei die Unmöglichkeit der Bewirkung der Primärleistung. In allen Gesetzgebungen werde in diesem Zusammenhang der Unmöglichkeit gedacht. Aber nur im BGB. habe dieser Tatbestand eine geradezu dominierende Stellung erlangt und zwar offensichtlich deshalb, weil man den zu diesen Fragen im französischen Recht entstandenen Kontroversen habe begegnen wollen.

So mit Recht Himmelschein selbst. Denn wie die §§ 280 ff., 323 ff. BGB. erkennen lassen, geht der ursprüngliche Leistungsanspruch nicht bereits dann in einen Schadensersatzanspruch über, wenn der Schuldner nicht erfüllt. Wenn es nun aber zutrifft, daß jedes Zurückbleiben der tatsächlich bewirkten Leistung hinter der geschuldeten, wie Titze und die Anhänger der Unmöglichkeitstheorie lehren, also jede auch nur teilweise Nichterfüllung die Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat, dann ist nicht einzusehen, welcher Grund den Gesetzgeber veranlaßt haben soll, der Unmöglichkeit die „geradezu dominierende Stellung" im BGB. einzuräumen und von ihr die Schadensersatzpflicht des nichtleistenden Schuldners abhängig zu machen. Die gesetzlichen Unmöglichkeitsvorschriften erhalten vielmehr erst dann die ihnen zukommende Bedeutung, wenn man annimmt, daß der Tatbestand der Unmöglichkeit nur dann vorliegt, wenn die geschuldete gegenständliche Leistung nicht erbracht werden kann. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht auch weiterhin noch folgendes:

Wenn auch die nicht rechtzeitige Leistung ihre teilweise Unmöglichkeit zur Folge haben soll, dann ist weiterhin kein Grund ersichtlich, weshalb der Schuldnerverzug neben den Unmöglichkeitsvorschriften eine solch eingehende Regelung erfahren hat,[27]) und weshalb insbesondere der Gläubiger nach §§ 284 ff., 326 BGB. im Gegensatz zu den Unmöglichkeitsbestimmungen §§ 280, 325 BGB. grundsätzlich trotz Fälligkeit seiner Forderung erst dann schadensersatz- oder rücktrittsberechtigt sein soll, nachdem die dem Schuldner gesetzte angemessene Nachfrist verstrichen ist.[28])

Ferner spricht auch der Wortlaut des § 287 BGB. entschieden gegen Titzes Lehre. § 287 bestimmt das Haftungsmaß des in Verzug befindlichen Schuldners und lautet wörtlich: „Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn,

[27]) So auch Stoll, die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 106.
[28]) Ebenso auch Staub-Müller, a. a. O., S. 12.

daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre." Voraussetzung der schuldnerischen Zufallshaftung ist also erstens, daß sich der Schuldner bereits in Verzug befindet, zweitens, daß dann außerdem die Leistung unmöglich wird. Also, nachdem die Leistung bereits im Sinne Titzes unmöglich ist, soll sie noch unmöglich werden. So unverständlich diese Bestimmung bei Zugrundelegung der Titzeschen Ansicht ist, so sinnvoll erscheint sie, sobald man sich zur Annahme eines nur gegenständlich gemeinten Unmöglichkeitsbegriffes entschließt.

Schließlich mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß die Art der Formulierung sowohl in § 280, wie auch in §§ 323 ff. BGB. zu dem Schluß berechtigt, daß dem Gesetz die Unmöglichkeit nur als Ursache der Nichterfüllung nicht aber auch, wie Titze und Himmelschein wollen, als deren Folge bekannt ist,[29]) sodaß auch aus diesem Grunde Titzes Unmöglichkeitslehre und damit auch die sog. Unmöglichkeitstheorie abgelehnt werden muß.

§ 6.

Die sog. Verzugstheorie Rogowskis.

Ebensowenig wie der Unmöglichkeitstheorie kann auch der Verzugstheorie Rogowskis[30]) zugestimmt werden, nach der die Ersatzpflicht des positiv vertragswidrig handelnden Schuldners sich unmittelbar aus den Verzugsvorschriften §§ 284 ff., 326 BGB. ergeben soll. Nach der Verzugstheorie hätte demnach der Schuldner gemäß § 285 BGB. seine Schuldlosigkeit zu beweisen.

Indessen muß auch Rogowski, um überhaupt zur Anwendbarkeit der Verzugsvorschriften zu gelangen, sich insofern an die bereits abgelehnte Lehre Titzes anschließen, als nur der Titzesche weitgefaßte Leistungsbegriff bei der Verletzung unselbständiger Nebenpflichten die Anwendbarkeit jener Bestimmungen zuläßt. Auch in diesem Zusammenhang hat Titzes Lehre beim Reichsgericht und dem überwiegenden Teil des Schrifttums keine Zustimmung gefunden.[31]) Nach der feststehenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung treten die im § 326 BGB. verordneten Rechtsfolgen nicht einmal beim Verstoß gegen selbständige Nebenpflichten, sondern nur bei Verletzung einer Hauptverpflichtung ein. Um wieviel mehr muß es dann aber abgelehnt werden, § 326 BGB. anzuwenden, wenn der Schuldner nur jene unselbständigen, aus dem Schuldverhältnis nach Treu und Glauben sich ergebenden Unterlassungspflichten verletzt hat.

---

[29]) Ebenso auch Rogowski, a. a. O., S. 317.
[30]) Rogowski, a. a. O., S. 304 ff.
[31]) Vgl. RGZ. 110/275 ff., insbes. 284; Stoll, die Lehre v. d. Leistungsstörg. S. 109; Staudinger A 1 b zu § 326; Enneccerus-Lehmann § 52, II, 3.

Darüber hinaus ergeben sich aber auch im übrigen gegen die Richtigkeit der Meinung Rogowskis erhebliche Bedenken.

Rogowski geht zwar zutreffend davon aus, [32]) daß das Gesetz grundsätzlich unter dem Begriff „Leistung" nicht nur ein positives Tun, sondern auch ein Unterlassen versteht. Das ergibt sich auch eindeutig aus § 241 Satz 2 BGB., wo ausdrücklich gesagt ist, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne. Rogowski irrt aber, wenn er meint, da das Gesetz beim Verzug eine abweichende Regelung nicht getroffen habe, müßten die Verzugsvorschriften in gleichem Maße auf die in einer Zuwiderhandlung gegen Unterlassungsobligationen bestehenden positiven Vertragsverletzungen anwendbar sein. Denn es läßt sich nun einmal nicht bestreiten, daß die Verzugsvorschriften nur dann angewandt werden können, wenn die Zuwiederhandlung in einer Unterlassung besteht und wenn trotz eines solchen Verhaltens die Möglichkeit nachträglicher Leistung bestehen bleibt. [33]) § 284 BGB. macht den Eintritt des Verzuges grundsätzlich von einer erfolglosen Mahnung nach Fälligkeit der Leistung abhängig. Eine Mahnung des Schuldners hat aber nur dann irgendeinen Sinn, wenn eine nachträgliche Leistung noch möglich ist. Das ist aber immer dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner einer Unterlassungspflicht zuwidergehandelt hat. Wenn der Dekorateur z. B. die Fensterscheibe einmal eingestoßen hat, dann kann er seiner Pflicht, sich jeder schädigenden Einwirkung auf die Sachen des Gläubigers zu enthalten, endgültig nicht mehr nachkommen. Wo die Möglichkeit einer nachträglichen Leistung nicht besteht, liegt unter Umständen schuldhafte Unmöglichkeit vor, aber kein Verzug.

§ 7.

Die Lehre Rosenbergs.

Muß man es somit ablehnen, die Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften und damit auch die Bestimmungen §§ 282, 285 BGB. auf die positiven Vertragsverletzungen unmittelbar anzuwenden, so fragt es sich, ob nicht eine analoge Anwendung jener Beweislastregeln gestattet ist. Dies wird namentlich von Rosenberg in vollem Umfang bejaht.

Rosenberg [34]) hält eine entsprechende Anwendung der §§ 282, 285 BGB. für umso statthafter, als auch das Reichsgericht in

[32]) Rogowski, a. a. O., S. 306.
[33]) Zustimmend Heck, a. a. O., § 40, 6. Staudinger Vorbem. 1 zu §§ 284 bis 290 BGB., Kreß. a. a. O. S. 590 und auch Titze a. a. O., S. 41.
[34]) Rosenberg, a. a. O., S. 401.

seinen Entscheidungen über positive Vertragsverletzungen wiederholt auf die Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften zurückgegriffen habe.[35]) Dann müßte aber, meint Rosenberg, auch die Vorschrift gelten, die das Gesetz über den Beweis des Verschuldens für den Verzug in § 285 BGB. und für die Unmöglichkeit in § 282 BGB. gegeben habe.

Es lasse sich auch leicht nachweisen, fährt Rosenberg fort, daß die Gesetze auf diesem Standpunkt ständen. Es sei positive Vertragsverletzung, wenn der Kommissionär und der Lagerhalter das in ihrer Verwahrung befindliche Gut, der Spediteur, der Frachtführer und der Verfrachter das ihnen zur Beförderung übergebene Gut in beschädigtem Zustand auslieferten. Sie alle aber lasse das HGB. für den durch die Beschädigung entstandenen Schaden haften, es sei denn, daß die Beschädigung auf Umständen beruhe, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns oder Frachtführers oder Verfrachters nicht abgewendet werden könnten (HGB. §§ 390, 417, 407 Abs. 2, 429, 606). Eine große Zahl weiterer ähnlicher Fälle des BGB. (Vgl. §§ 548, 602, 635, 694 u. a.) sollen ebenfalls ein Argument für die Beweislast des Schuldners bei positiver Beweislast bilden. Aus all diesen Gesetzesstellen glaubt Rosenberg den Grundsatz ableiten können,[36]) daß in allen Schuldverhältnissen der Schuldner, der für eine Forderungsverletzung irgendwelcher Art verantwortlich gemacht werde, seine Schuldlosigkeit beweisen müsse.

Rosenberg hat zwar im Schrifttum verschiedentlich Beifall gefunden.[37]) Trotz richtiger Ergebnisse im Einzelfall muß seine Lehre insgesamt jedoch abgelehnt werden. Die Argumente, mit denen Rosenberg die Richtigkeit seiner Lehre nachzuweisen sucht, können bei näherer Betrachtung nicht überzeugen.

Es trifft zwar zu, daß das Reichsgericht bei der Behandlung positiver Vertragsverletzungen gelegentlich auf § 326 BGB. zurückgegriffen hat. In allen Entscheidungen dieser Art handelte es sich aber immer lediglich um die gleiche Frage, ob bei gegenseitigen Verträgen für den Fall, daß die eine Partei positive Vertragsverletzungen begeht, der anderen ein Rücktrittsrecht vom Vertrage zusteht.[38])

---

[35]) Rosenberg bezieht sich dabei auf folgende Entscheidungen: RGZ. 54/98; 57/106; 67/7.

[36]) Rosenberg, a. a. O., S. 405.

[37]) Zitelmann, a. a. O., S. 280 f. Planck-Siber 2 b zu § 282. Vgl. im übrigen Rosenberg, a. a. O., S. 399 Fußnote 5.

[38]) Vgl. RGZ. 54/98; 57/106; 67/7.

In der ersten Entscheidung befaßt sich das Reichsgericht zunächst mit der oben bereits angeführten Unmöglichkeitstheorie und erklärt dazu, daß es für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches jener „übrigens auch für die Beweislast (§ 282 BGB.) bedeutungsvollen Auffassung" nicht beitreten könne. Ohne die Frage der Beweislast im übrigen noch zu erwähnen, gelangt dann das Reichsgericht in Anwendung des § 326 BGB. innewohnenden Grundsatzes, daß der eine Vertragsteil zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sei, wenn durch das Verhalten des anderen die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet werde, zu einer Bejahung der ihm zur Entscheidung vorliegenden Frage. Auch in den übrigen Entscheidungen ist von der Frage der Beweislast mit keinem Wort die Rede. Unter diesen Umständen ist es schon zweifelhaft, ob sich aus diesen Entscheidungen Anhaltspunkte für die Verteilung der Beweislast in jenen Sonderfällen lassen, wo der Schuldner durch sein pflichtwidriges Verhalten die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet. Vollends unhaltbar ist jedoch die Folgerung Rosenbergs, daß mit der entsprechenden Anwendung einer einzelnen Bestimmung des Verzugsrechts auf eine ganz bestimmte Gruppe von Forderungsverletzungen auch die übrigen Verzugsvorschriften insbesondere § 285 BGB. auf alle Fälle positiver Vertragsverletzungen anwendbar seien.

Auch die allerdings äußerst zahlreichen Fälle in denen das Gesetz dem — nach Rosenberg positiv vertragswidrig handelnden — Schuldner den Entlastungsbeweis auferlegt hat, besagen nichts für die Richtigkeit der Rosenbergschen Ansicht. Mag auch der Kommissionär und der Lagerhalter das in ihrer Verwahrung befindliche Gut, der Spediteur, der Frachtführer und der Verfrachter das ihnen zur Beförderung übergebene Gut oder schließlich auch der Mieter und der Entleiher die ihnen übergebene Sache in beschädigtem Zustande ausliefern, immer handelt es sich nur um Fälle, in denen der Schuldner zwar seine Obhutspflichten verletzt, sich aber gerade dadurch die Erfüllung der ihm obliegenden Herausgabepflicht schuldhaft unmöglich gemacht hat. Ihre Zugehörigkeit zu den positiven Vertragsverletzungen muß daher auch verneint werden.[39])

§ 8.

Die Ansicht Rabels.

Mit Rosenberg ist auch Rabel[40]) der Ansicht, daß der Schuldner, der eine positive Vertragsverletzung begeht, in jedem Falle

[39]) Zustimmend auch Leonhard, a. a. O. S. 334.
[40]) Rabel, a. a. O., S. 28 ff., insbesondere S. 35 f.

seine Schuldlosigkeit beweisen muß. Rabel glaubt diese Verteilung der Beweislast aus dem Satz: pacta sunt servanda ableiten zu können. Aus diesem Fundamentalgrundsatz folge, so lehrt Rabel, daß der Schuldner in jeder Konstellation hafte, solange und soweit er nicht seine Befreiung beweise. Der Schuldner habe sich zu entschuldigen und zu entlasten. Daß er die Beweislast dafür trage, daß die Verzögerung oder Unmöglichkeit der Leistung nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes sei (§§ 285, 282 BGB.), sei nur ein Ausfluß dieses allgemeinen Grundsatzes.

Auch die Beweisführung Rabels kann nicht überzeugen. Es muß zwar zugegeben werden, daß Rabels Ansicht in manchen Fällen positiver Vertragsverletzungen, wie sich noch zeigen wird, zu billigenswerten Ergebnissen führt. Rabel irrt aber insofern, als er offensichtlich glaubt, aus jenem allgemeinen Grundsatz eine Beweislastregel für alle Fälle positiver Vertragsverletzungen ableiten zu können. Der Satz: pacta sunt servanda besagt z. B. nichts dafür, wie die Beweislast sich verteilt, wenn der Schuldner bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung die Interessen des Gläubigers schädigt. Denn man kann doch nicht sagen, daß der Dekorateur, der die Vorhänge ordnungsgemäß aufhängt, bei dieser Gelegenheit aber andere Einrichtungsgegenstände des Gläubigers stiehlt, gegen den Grundsatz pacta sunt servanda verstoßen habe. Aus diesem Grundsatz läßt sich vielmehr für die Verteilung der Beweislast nur dann etwas entnehmen, wenn der Schuldner durch sein vertragswidriges Verhalten das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Erbringung der geschuldeten gegenständlichen Leistung verletzt.

§ 9.

Leonhards Lehre.

Im Gegensatz zu Rosenberg und Rabel vertritt Leonhard die Auffassung, daß der durch positive Vertragsverletzungen des Schuldners geschädigte Gläubiger neben den übrigen Anspruchsvoraussetzungen auch das Verschulden des Gegners zu beweisen habe.[41]) Freilich müßten zuvor jene Fälle ausgeschieden werden, die zwar häufig als positive Vertragsverletzungen bezeichnet würden, in Wirklichkeit aber Tatbestände der Unmöglichkeit oder des Verzuges seien. Daß das Gesetz in diesen Fällen dem Beklagten den Entlastungsbeweis auferlege, rechtfertige sich daraus, daß die Verpflichtung zur Leistung sich ganz von selbst in eine Schadensersatzpflicht umwandle, falls nicht durch ein schuldloses Verhalten Befreiung eintrete. Dieser Grund treffe

[41]) Leonhard, a. a. O., S. 334.

nun bei der positiven Vertragsverletzung nicht zu. Vielmehr liege es gewissermaßen neben der Erfüllung, wenn bei ihr ein anderweitiger Schaden zugefügt werde. Es sei zwar praktisch billig, daß der Schuldner sich rechtfertige, wenn er die geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringen könne. Dieser Grund falle hier fort, und damit greife wieder die allgemeine Billigkeitserwägung Platz, daß der Kläger abgewiesen werden müsse, wenn er die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches nicht darlegen könne.

Leonhards Ansicht führt im allgemeinen zu richtigen Ergebnissen, wie die Ausführungen im dritten Teil dieser Untersuchung noch zeigen werden. Indessen läßt sich nach der Lehre Leonhards nicht entscheiden, wie sich die Beweislast in jenen Grenzfällen verteilt, in denen weder Unmöglichkeit oder Verzug gegeben ist, noch ein „neben der Erfüllung liegender, anderweitiger" Schaden im Sinne Leonhards verursacht ist. Mit der Aufteilung in diese zwei Gruppen werden nämlich keineswegs alle Fälle positiver Vertragsverletzungen erfaßt. Wer soll z. B. die Beweislast für das Verschulden in dem bekannten Bierlieferungsfall tragen oder wenn der nicht im Verzug befindliche Schuldner erklärt, er werde die geschuldete zukünftige Leistung nicht erbringen? In diesen Fällen ist doch nicht ein neben der Erfüllung liegender Schaden zugefügt, sondern das Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist verletzt worden. Nichtsdestotrotz liegt aber weder Unmöglichkeit noch Verzug vor, denn die Brauerei und der die Erfüllung verweigernde Schuldner können die zukünftige Leistung rechtzeitig erbringen. Unmöglichkeit und Verzug sind demnach auch nicht die einzigen Erscheinungsformen der Verletzung des Erfüllungsinteresses. Leonhards Lehre enthält daher eine Lücke.

Hiervon abgesehen kann aber auch an ihrer Begründung berechtigte Kritik geübt werden. Leonhard meint, daß das Gesetz in § 282 BGB. die Beweislast dem Schuldner auferlegt habe, rechtfertige sich daraus, daß die Verpflichtung zur Leistung sich ganz von selbst in eine Schadensersatzpflicht umwandle, wenn nicht durch ein schuldloses Verhalten Befreiung eintrete. Allein in dieser Beziehung bestehen keine Unterschiede gegenüber den übrigen Fällen positiver Vertragsverletzung. Denn ebenso wie bei schuldhafter Verletzung der selbständigen Leistungspflichten tritt die Schadenersatzpflicht des Schuldners ohne weiteres ein, wenn dieser den ihm obliegenden unselbständigen Nebenpflichten vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt.

Trotz dieser Mängel hat auch Leonhards Lehre im Schrifttum zahlreiche Anhänger gefunden. [42])

[42]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 335 Fußn. 3.

§ 10.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Leonhard darf sich auch rühmen, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung der von ihm vertretenen Ansicht am meisten entspricht. Bei flüchtiger Betrachtung scheint es allerdings fast so, als wenn das Reichsgericht in Einzelfällen sich auf den der Leonhardschen Lehre genau entgegengesetzten Standpunkt gestellt habe, so z. B. namentlich in der Entscheidung in Bd. 99 S. 97 ff., insbesondere S. 101. Bei dieser Entscheidung handelte es sich um die Frage, wer die Beweislast für das Verschulden trage, wenn jemand durch den Genuß bleihaltigen und daher gesundheitsschädlichen Wassers zu Schaden gekommen ist, wenn also ein „neben der Erfüllung liegender anderweitiger" Schaden im Sinne Leonhards verursacht worden ist. Nach Leonhard müßte also der Gläubiger das Verschulden des Gegners beweisen. Nun heißt es aber wörtlich in Bd. 99, S. 101, nachdem zuvor das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen den Klägern und der beklagten Stadtgemeinde bejaht worden war: „Hiernach hat die Beklagte gemäß § 276 BGB. ihre Verpflichtungen mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu erfüllen und es ist ihre Sache, den Beweis dafür zu erbringen, daß sie, indem sie den Klägern bleihaltiges und darum gesundheitsschädliches Wasser lieferte, gleichwohl ihrer Vertragspflichtig genügt hat (RGZ. 97/117)".

Kein flüchtiger Leser wird Bedenken tragen, zu behaupten, daß in dieser Entscheidung Rosenbergs Lehre vom Reichsgericht anerkannt worden sei[43]), und es bedarf schon einer gewissen Umständlichkeit, um die Unrichtigkeit einer solchen Behauptung zwingend nachweisen zu können. Das Reichsgericht ist zu dieser Lösung der Beweislastfrage nämlich erst durch Anwendung der für den Beweis des ersten Anscheins[44]) geltenden Regeln gelangt.

---

[43]) Tatsächlich glaubt Rosenberg auch, nicht nur in dieser Entscheidung, sondern auch in der der Entscheidung Bd. 97/117 eine Bestätigung seiner Lehre durch das Reichsgericht erblicken zu können. Vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 404 Fußn. 7.

[44]) In diesem Zusammenhang mag auch darauf hingewiesen werden, daß der oben wiedergegebene Wortlaut zu dem Schluß berechtigt, daß auch das Reichsgericht in jener Entscheidung einen weitverbreiteten Irrtum über die Bedeutung des sog. prima-facie-Beweises erlegen ist. Dessen Grundsätze bewirken keineswegs eine Umkehrung der Beweislast, wie das Reichsgericht auch in anderen Entscheidungen irrtümlich annimmt (vgl. RGZ. 145/107 ff. insbes. 116; 148/3 ff. insbes. 17), sondern besagen nur, wann ein Beweis bei gleichbleibender Verteilung der Beweislast als erbracht anzusehen ist. Ebenso auch Leonhard a. a. O., S. 100. Sie sind also nur Beweisführungsregeln, insofern als unter Umständen ein feststehender Sachverhalt

Das ist aber in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich gesagt, sondern nur durch die Bezugnahme auf die einen ähnlichen Streitfall behandelnde Entscheidung in Bd. 97/117 ff. zum Ausdruck gelangt. Dort hat allerdings das Reichsgericht ausdrücklich ausgesprochen, daß schon der äußere Tatbestand für sich betrachtet (ein Gastwirt hatte einem Gast statt des gewünschten Selterwassers Salmiakgeist verabreichen lassen, durch dessen Genuß sich der Gast innere Verbrennungen zugezogen hatte) nach dem regelmäßigen Zusammenhang der Dinge die Folgerung rechtfertige, daß der Unfall in ordnungsmäßigem Wirtschaftsbetrieb bei gehöriger Sorgfalt zu vermeiden war, der Beweis für ein Verschulden des Beklagten könne daher zunächst als geführt erachtet werden, und es müsse dem Beklagten überlassen bleiben, sich nunmehr seinerseits von diesem Vorwurfe des Verschuldens in der Weise zu entlasten, daß er diejenigen besonderen Umstände nachweise, aus denen sich seine Schuldlosigkeit ergebe.

Läßt man sich durch solche Aeußerlichkeiten nicht beirren, dann gelangt man leicht zu der Feststellung, daß das Reichsgericht vollkommen auf dem Boden der Leonhardschen Theorie

---

nach den Erfahrungen des Lebens in einem solchen Maße für das Vorliegen einer noch zu beweisenden weiteren Tatsache spricht, daß deren Beweis als erbracht anzusehen ist, wenn nicht die nichtbeweisbelastete Partei Umstände nachweist, die jenen Schluß als bedenklich erscheinen lassen. — Hiermit ist aber auch bereits dargetan, daß das Reichsgericht zu weit gegangen ist, wenn es von der Beklagten den Beweis fordert, daß sie gleichwohl ihre Vertragspflicht erfüllt habe. Es hätte genügen müssen, wennn die Beklagte Umstände nachgewiesen hätte, welche die nach dem ersten Anschein gewonnene Ueberzeugung des Richters erschüttert hätten. Im Ergebnis zustimmend Stein-Jonas IV, 7 a zu § 282 und auch das Reichsgericht in den neueren Entscheidungen (Vgl. RGZ. 120/264; 127/28; 130/357; 134/237). — Schließlich gibt die Entscheidung noch in einer dritten Hinsicht zur Kritik Anlaß. Indem das Reichsgericht von der beklagten Stadtgemeinde den Nachweis fordert, daß sie trotz der Lieferung bleihaltigen und daher gesundheitsschädlichen Wassers gleichwohl ihrer mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu erfüllenden Vertragspflicht genügt habe, verfällt es in den häufig zu beobachtenden Fehler, daß die zwei Anspruchsvoraussetzungen Vertragsverletzung und Verschulden nicht genügend auseinandergehalten werden. Durch diesen Fehler wird die Frage der Beweislast für das Verschulden außerordentlich erschwert. Vgl. hierzu auch Leonhard a. a. O. S. 334, Stoll pos. Vertragsverletzungen S. 311 f., Rosenberg S. 400 f. Die Vertragsverletzung muß im Gegensatz zum Verschulden in jedem Fall von dem Schadenersatz fordernden Gläubiger bewiesen werden. In der genannten Entscheidung stand die Tatsache der Vertragsverletzung (Lieferung gesundheitsschädlichen Wassers) fest. Es ging nur noch um das Verschulden. Das Reichsgericht hätte sich daher darauf beschränken müssen, von der beklagten Stadtgemeinde lediglich den Nachweis von Umständen zu fordern, die deren prima facie als bewiesen angenommenes Verschulden als unwahrscheinlich erscheinen lassen können.

steht. Das Reichsgericht scheidet zwar jene Fälle, die von Leonhard mit Recht als Erscheinungsformen schuldhafter Unmöglichkeit bezeichnet werden, nicht aus, sondern gelangt zu dem gleichen Ergebnis [45]), indem es nach anfänglicher Entscheidung von Fall zu Fall den Grundsatz aufstellt, [46]) der Schuldner habe in all jenen Fällen positiver Vertragsverletzungen den Beweis seiner Schuldlosigkeit zu erbringen, wo er „gegenständlich vertragswidrig" gehandelt habe. Eine solche gegenständliche Vertragsverletzung nimmt das Reichsgericht z. B. im Falle der Verletzung von Personen bei der Beförderung durch die Eisenbahn, [47]) Straßenbahn [48]) oder Kraftwagen [49]) an, oder wenn der Unternehmer eines ihm zur Bearbeitung übergebene Sache beschädigt, [50]) der Lagerhalter das eingelagerte Gemälde in beschädigtem Zustand herausgibt, [51]) wenn der Postbeamte eine ihm anvertraute Sendung verliert [52]) oder wenn der Braumeister Bier verderben läßt [53]) und in vielen ähnlichen Fällen. [54]) Liegt dagegen eine solch gegenständliche Vertragsverletzung nicht vor, geht der durch die positive Vertragsverletzung angerichtete Schaden vielmehr über das Erfüllungsinteresse des Gläubigers hinaus oder ist, wie das Reichsgericht wiederholt formuliert hat, der Schaden mehr aus Anlaß des Vertragsverhältnisses durch eine nicht unmittelbar der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung entstanden, [55]) dann muß der Kläger auch das Verschulden des Beklagten nachweisen. Zu dieser Verteilung der Beweislast ist das Reichsgericht z. B. gelangt, wenn in dem verkauften Futtermais sich giftige Rizinuskörner befanden, die die Pferde des Käufers zum Verenden brachten, [56]) weiterhin bei Schäden durch Verabfolgung gesundheitsschädlicher Nahrungs- und Genußmittel [57]) oder durch fehlerhaften ärztlichen Eingriff [58]) oder wenn der Gläubiger bei Abwickelung des Schuld-

---

[45]) Vgl. RGZ. 64/254; 74/342; 112/149 ff. insbes. 158; 112/229.

[46]) RGZ. 90/129 ff. insbesondere 135.

[47]) RG. in JW. 1908, 196; 1915, 703; 1918, 171; Recht 1914, 2869; Warneyer 1916, 309; das gilt jedoch nur für die Beförderung im eigentlichen Sinne d. h., für die Zeit vom Einsteigen bis zum Aussteigen, nicht auch, wenn der Reisende auf den Zugängen oder Abgängen zu Schaden kommt. Vgl. RGZ. 86/321.

[48]) RGZ. 66/12 ff.; 83/347. Gruch. Beitr. 56/895 ff.

[49]) RG. Recht 1915, 1524.

[50]) RG. in JW. 1902, 428.

[51]) RGZ. 64/254.

[52]) RGZ. 74/342 und 120/67.

[53]) RG. Recht 1910, 951.

[54]) Vgl. RGZ. 99/17; 112/149 f., 112/229 ff.

[55]) Vgl. RG. in JW. 1908, 236; 1912/682; 1923/286.

[56]) RGZ. 66/289.

[57]) RGZ. 97/116; 99/96 ff.

[58]) RGZ. 74/432; 128/123.

verhältnisses durch verkehrswidrige Anlagen [59]) des Schuldners zu Schaden gekommen ist. In all diesen Fällen hat das Reichsgericht mit Recht das Vorliegen eines über das jeweilige Erfüllungsinteresse des Gläubigers hinausgehenden Schaden angenommen.

Wenngleich auch Abweichungen von diesen Grundsätzen aus jüngster Zeit nicht mehr festgestellt werden konnten, so ist die reichsgerichtliche Rechtsprechung doch nicht immer frei von inneren Widersprüchen gewesen. So hat das Reichsgericht z. B. in einer Entscheidung [60]) vom 2/9. Dez. 1915 — 318/15 — ganz allgemein ausgesprochen, derjenige Vertragsteil, dem eine positive Vertragsverletzung nachgewiesen sei, habe zu beweisen, daß ihn kein Verschulden treffe. Zwar habe, wer eine Vertragsverletzung behaupte, sie zu beweisen. Handle es sich aber um eine positive Vertragsverletzung, so habe er zu beweisen, daß der Gegner seiner Vertragspflicht zuwidergehandelt und ihm dadurch Schaden zugefügt habe. Sache des Gegners sei es dann nachzuweisen, daß er und die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient habe, an der Vertragsverletzung außer Schuld seien.

Leider ist diese Entscheidung nur im Ergebnis ohne Tatbestand und Gründe veröffentlicht worden, [61]) sodaß sich nicht feststellen läßt, ob die Vermutung zutrifft, daß das Reichsgericht hier im Gegensatz zu einer sonstigen Gewohnheit [62]) den Begriff „positive Vertragsverletzung" in einem engeren Sinne verwandt hat. Leonhard [63]) meint, vielleicht wolle die Entscheidung nur den auch sonst öfters wiederkehrenden Grundsatz aussprechen, daß schon aus der Beschädigung die Schuld zu schließen und deshalb der Beklagte zum Gegenbeweis verpflichtet sei. Allein diese Vermutung dürfte angesichts ihres ganz allgemein gehaltenen Wortlauts keinesfalls zutreffen.

---

[59]) RGZ. 66/11 ff., 86/321; 148/148.
[60]) RG. Recht, 1916, 202.
[61]) Auch in anderen Entscheidungssammlungen insbesondere in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts war sie nicht aufzufinden.
[62]) Vgl. RGZ. 54/98; 63/98; 93/286; 96/392.
[63]) Leonhard, a. a. O., S. 336.

III. Teil: Die Lösung des Problems.

§ 11.

Der Grundgedanke der §§ 282, 285 BGB. und seine Anwendbarkeit auf die positiven Vertragsverletzungen.

Wie die bisherigen Ausführungen bereits zur Genüge erkennen lassen, geht der Streit um die Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung letzten Endes um die Frage, inwieweit die §§ 282, 285 BGB. auf die positiven Vertragsverletzungen anwendbar sind. Nach der Verneinung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ist aber der Weg, der zu einer sinngemäßen Lösung des Problems führen könnte, eindeutig vorgezeichnet. Folgende zwei Fragen gilt es zu beantworten:

1. Auf welchem Grundgedanken beruhen die §§ 282, 285 BGB., die unter Abweichung von den allgemeinen Regeln bei Unmöglichkeit und Verzug dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegen?

2. Inwieweit trifft jener Grundgedanke auch auf die positiven Vertragsverletzungen zu?

Die erste Frage ist bereits von Leonhard richtig entschieden worden, indem er freilich nicht unmittelbar in einem gleichen Zusammenhange sagt: [64]) „Der Schuldner soll sich rechtfertigen, wenn er die von ihm geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig machen kann", wenn er also, vom Standpunkte des Gläubigers aus gesprochen, das Interesse des Gläubigers an der Leistung nicht oder nicht rechtzeitig befriedigen kann. Um sich zu rechtfertigen, hat der Schuldner aber zu beweisen, daß die Verletzung des Leistungsinteresses nicht die Folge von Umständen ist, die er zu vertreten hat. Der Grundgedanke der §§ 282, 285 besagt jedoch nichts dafür, wie sich die Beweislastverteilung in den Fällen gestaltet, wo der Schuldner, wie Leonhard sagt, einen neben der Erfüllung liegenden anderweitigen Schaden verursacht oder wo er, wie es im neueren Schrifttum heißt, [65]) den Schutzanspruch oder auch das Schutzinteresse des Gläubigers verletzt. Damit ist folgender allgemeine Grundsatz gewonnen: Bewirkt das pflichtwidrige Verhalten des Schuldners eine Verletzung des Leistungsinteresses des Gläubigers, dann hat der Schuldner sich zu entlasten, wird dagegen das Schutzinteresse verletzt, dann hat der Gläubiger nach der allgemeinen Regel auch das Verschulden des Schuldners zu beweisen.

---

[64]) Leonhard, a. a. O., S. 335.

[65]) Vgl. Kreß, a. a. O., S. 5 und 578; Stoll, die Lehre von den Leistungsstörungen S. 27 ff.

Die einzigen Bedenken, die gegen eine entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes auf die positiven Vertragsverletzungen geltend gemacht werden könnten, wäre der Einwand, daß es unbillig sei, die Beweislast für das Verschulden dann dem Gläubiger aufbürden zu wollen, wenn der Schuldner durch Verletzung der ihm obliegenden Schutzpflichten dem Gläubiger Schaden zufügt. Allein ein solcher Einwand wäre unbegründet. Die Verschiedenartigkeit des Leistungs- und Schutzinteresses des Gläubigers erfordert auch aus Billigkeitsgründen eine unterschiedliche Verteilung der Beweislast für das Verschulden.

Die dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses in erster Linie obliegende Leistungspflicht hat einen positiven Inhalt. Der Schuldner ist verpflichtet, die geschuldete Leistung zu erbringen, das „Gläubigerinteresse auf Kosten seiner Interessen zu fördern“, [66]) eine „Güterbewegung“ [67]) zu Gunsten des Gläubigers vorzunehmen. Dagegen haben die nach Treu und Glauben bestehenden Schutzpflichten nur ein negatives Ziel, sie gebieten dem Schuldner lediglich, sich bei Abwicklung der schuldrechtlichen Beziehungen jeder schädigenden Einwirkung auf die Interessen des Gläubigers zu enthalten.

Kommt nun der Gläubiger in dieser letzteren Hinsicht im Rahmen der dem Schuldner durch das Schuldverhältnis eröffneten Einwirkungsmöglichkeit zu Schaden, dann erscheint es zwar gerechtfertigt, daß der Gläubiger ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises gemäß § 278 BGB. haftet, [68]) wenn die Schädigung durch jemanden schuldhaft verursacht würde, dessen sich der Schuldner, anstatt in eigener Person zu leisten, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient hat. Im übrigen besteht aber im Hinblick auf die Frage der Beweislast zu einer abweichenden Regelung kein Anlaß, da die Interessenlage auf Seiten des geschädigten Gläubigers die gleiche ist, wie wenn er außervertraglich durch eine unerlaubte Handlung des Schuldners geschädigt worden wäre.

Wesentlich anders gestaltet sich hingegen jene Interessenlage, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht genügt. Zur Befriedigung des Leistungsinteresse des Gläubigers ist der Schuldner auf Grund besonderer, eigens zu diesem Zwecke getroffener Vereinbarungen oder gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet. Der Gläubiger darf daher in besonderem Maße darauf

[66]) So Stoll, pos. Vertragsverletzungen S. 287.
[67]) Vgl. Kreß, a. a. O., S. 2 ff.
[68]) Das ist auch allgemein anerkannt, vgl. RGZ. 65/18; 65/117; 73/149; 77/408; 78/246. Kreß, a. a. O. S. 592 und in § 6 des Gesetzentwurfes des Ausschusses für Personen-, Vereins- u. Schuldrecht der Ak. f. D. Recht, sogar ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. Stoll, Leistungsstörungen S. 64.

vertrauen, daß der Schuldner die geschuldete Güterbewegung vornehmen wird. Es ist daher nicht mehr als recht und billig, daß der Schuldner die besonderen Umstände nachzuweisen hat, die es rechtfertigen, daß er die geschuldete Leistung nicht zu erbringen braucht.

Wendet man nun den gewonnenen Grundsatz auf die zu Anfang dieser Untersuchung angeführten Beispiele positiver Vertragsverletzungen an, so würde sich im einzelnen folgende Verteilung der Beweislast ergeben.

a) Die Gruppe der Zuwiderhandlungen gegen die verschiedenartigen Unterlassungspflichten.

Zu aa) und bb): Der Schuldner hat seine Schuldlosigkeit nachzuweisen, da er das Leistungsinteresse des Gläubigers verletzt hat. Die gleiche Verteilung der Beweislast ergibt sich in beiden Fällen aber auch schon aus § 282 BGB. unmittelbar. Denn die Zuwiderhandlung gegen eine selbständige Unterlassungspflicht macht die geschuldete Leistung — wenigstens teilweise — unmöglich.

Zu cc): Interessant ist das Beispiel zu cc), denn es ist unter Umständen nicht nur das Schutzinteresse, sondern auch das Leistungsinteresse verletzt, das Leistungsinteresse nämlich insofern, als durch die Explosion auch der Leuchtstoff untergegangen ist. Je nachdem, welcher Schaden verlangt wird, verteilt sich die Beweislast.

b) Die Fälle mangelhafter Erfüllungshandlungen.

Zu aa): Der Obsthändler, der wurmstichige Aepfel liefert, verletzt das Leistungsinteresse des Käufers. Er hat daher den Entlastungsbeweis zu führen. Wenn die gelieferten Aepfel außerdem die gesunden Bestände des Käufers anstecken, liegt insoweit Verletzung des Schutzinteresses vor.

Zu bb): Der Dekorateur, der mit der Leiter eine Fensterscheibe im Hause des Gläubigers einstößt oder eine Vase stiehlt, verletzt das Schutzinteresse des Gläubigers. Dieser muß daher grundsätzlich das Verschulden beweisen. Wie bei allen anderen Beispielen können namentlich in Fällen dieser Art die Grundsätze des Beweises vom ersten Anschein dazu führen, daß das Verschulden des Schuldners als bewiesen zu gelten hat, solange dieser nicht Umstände nachweist, die seine Schuldlosigkeit ergeben könnten.

c) Die Fälle der Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks.

Der nicht im Leistungsverzug befindliche Schuldner verletzt durch die Erfüllungsverweigerung das Leistungsinteresse des Gläubigers, insofern als dieser nunmehr berechtigten Grund zu der Annahme hat, daß er die geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erhalten wird. Der Verkäufer muß daher den Entlastungsbeweis führen.

Zu bb): Die gleiche Interessenlage liegt vor, wenn die Brauerei schlechtes Bier geliefert hat.

Zu cc): Nicht unzweifelhaft ist die Frage der Beweislast, wenn das Dienstmädchen, dem wegen seiner Plauderhaftigkeit oder gar Klatschsucht fristlos gekündigt worden ist, gegen ihren Dienstherrn auf Ersatz des dadurch angeblich entstandenen Schadens klagt. Das für die Entscheidung maßgebliche Recht des Dienstherrn zu ihrer fristlosen Entlassung läßt sich keinesfalls aus § 326 BGB. begründen. Denn es ist allgemein anerkannt,[69]) daß bei Dienstverträgen das für gegenseitige Verträge nach §§ 325, 326 BGB. bestehende allgemeine Rücktrittsrecht neben dem Recht zur fristlosen Kündigung gemäß §§ 626 ff. BGB. nicht gegeben ist. Die Entscheidung der Frage, ob nun in dem Verhalten des Dienstmädchens ein zu ihrer fristlosen Kündigung berechtigender wichtiger Grund zu erblicken ist, hängt unter Umständen von dem Maß ihres Verschuldens ab. Wer hätte nun in einem solchen Falle das Verschulden zu beweisen? Die Frage hat deshalb grundsätzliche Bedeutung, weil nach der Praxis 626 BGB. bei allen Rechtsverhältnissen von längerer Dauer mit der Notwendigkeit persönlichen Zusammenarbeitens entsprechend anwendbar ist.[70])

Der kurze Hinweis bei Staudinger,[71]) daß der Nachweis des Kündigungsgrundes dem Kündigenden obliege, könnte zu der Annahme verleiten, daß der Kündigende jedesmal auch das Verschulden des Gegners beweisen müßte, wenn der Kündigungsgrund in einer schuldhaften Vertragsverletzung des Gegners bestehen soll. Allein einer solchen Ansicht könnte nicht zugestimmt werden; denn es ist doch kein Grund ersichtlich, weshalb der Grundsatz, daß der Schuldner bei Verletzung des Leistungsinteresses des Gläubigers sich zu entlasten hat, in diesem Zusammenhang nicht gelten soll.

---

[69]) Vgl. Staudinger, VIII zu § 626; RGR Komm. 3 zu § 626; RGZ 92/158; RG. in JW. 1911 S. 106 1912, 73; RG. bei Seuff. 76/139.

[70]) Vgl. RGZ. 78/385; 79/161; 95/66. RG. in JW. 1919 309; 1925, 945; RG. Recht 1919, 1154; Warneyer 1918, 205.

[71]) Staudinger V zu § 626.

Indessen mag es zweifelhaft sein, ob in solchen Fällen wie in dem angeführten eine Verletzung des Leistungs- oder des Schutzinteresses vorliegt. Unstreitig würde insoweit das Schutzinteresse verletzt sein, als der Dienstherr durch das Verhalten des Dienstmädchens etwa in geschäftlicher Hinsicht Schaden erlitten hat. Soweit aber nur die aus dem Bruch des besonderen Vertrauensverhältnisses sich ergebenden Folgen in Frage stehen, dürfte eine Verletzung des Leistungsinteresses anzunehmen sein. Der Umstand, daß in dieser Hinsicht keine ausdrücklichen Parteivereinbarungen getroffen sind, kann letzthin nicht als entscheidend gegen eine solche Auffassung angesehen werden. Die aus der Natur des Vertrages sich ergebende enge Verknüpfung des Vertrauensverhältnisses mit dem Schuldverhältnis als solchem muß vielmehr bei Bruch des Vertrauensverhältnisses zur Annahme der Verletzung des Leistungsinteresses führen. Der Schuldner müßte daher grundsätzlich seine Schuldlosigkeit beweisen.

C. Schluss.

§ 12.

Die Bedeutung des Ergebnisses für das geltende und zukünftige Recht.

Mit Hilfe des gewonnenen allgemeingültigen Grundsatzes, daß der Schuldner bei Verletzung des Leistungsinteresses des Gläubigers seine Schuldlosigkeit beweisen muß, während bei Verletzung des Schutzinteresses dem Gläubiger auch der Verschuldensnachweis obliegt, läßt sich die Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung in der Regel leicht lösen. Schwierigkeiten entstehen freilich dort, wo die Frage nach der Art des bestehenden Schuldverhältnisses oder des jeweiligen Leistungsinteresses des Gläubigers nur nach besonders sorgfältiger Prüfung entschieden werden kann. Allein diese Schwierigkeit hat auch das Reichsgericht zu überwinden, wenn es feststellen will, ob der Schuldner gegenständlich vertragswidrig gehandelt hat oder ob er durch eine nicht unmittelbar der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung einen mehr aus Anlaß des Vertragsverhältnisses entstandenen Schaden verursacht hat. Denn eine gegenständlich vertragswidrige Handlung im Sinne des Reichsgerichts soll doch offensichtlich nur dann vorliegen, wenn durch sie das Leistungsinteresse des Gläubigers verletzt wird. Aber auch im übrigen handelt es sich bei den Unterscheidungsmerkmalen des Reichsgerichts nur um eine ungenaue Umschreibung dessen, was in dieser Untersuchung als Verletzung des Schutzinteresses bezeichnet wird.

In jedem Falle hat die Unterscheidung in Verletzung des Leistungs- oder Schutzinteresses vor den Richtsätzen des Reichsgerichts aber den Vorzug, daß bei ihr das letzthin Entscheidende klar zum Ausdruck gelangt. Durch die unklare und gewundene Formulierung des Reichsgerichts wird die Beantwortung der Frage, wer jeweils die Beweislast für das Verschulden des Schuldners bei positiver Vertragsverletzung trägt, nur unnötig erschwert.

Der Streit um die positiven Vertragsverletzungen und insbesondere um die Beweislast für das Verschulden bei positiver

Vertragsverletzung hätte zumindesten nicht solche Ausmaße angenommen, wenn die Gesetzgeber des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht der irrigen Ansicht gewesen wären, alle Erscheinungsformen von Forderungsverletzungen durch die Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften geregelt zu haben. Die Bedeutung der dem Schuldner obliegenden Schutzpflichten ist vollkommen übersehen und auch die Fälle der Verletzung des Leistungsinteresses des Gläubigers sind nicht restlos erfaßt worden. Indessen sind es nicht ausschließlich diese Mängel, die den Ausschuß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht veranlaßt haben, als erstes das Gebiet der sog. Leistungsstörungen in Angriff zu nehmen. Ueber das Ergebnis der Beratungen hat Stoll [72]) kürzlich berichtet. Es steht noch dahin, ob der soeben erst veröffentlichte Teilentwurf ohne Abänderung an die Stelle eines im wesentlichen als verfehlt erkannten Systems treten wird. Da der Entwurf aber ausschließlich auf die im Laufe einer mehr als dreißigjährigen Rechtsfindung gewonnenen Erfahrungen aufbaut, dürften Aenderungen grundsätzlicher Art sich nicht mehr als erforderlich erweisen. Es besteht daher die begründete Aussicht, daß der Streit der Meinungen, der den Gegenstand dieser Untersuchung bildete, seinem Ende entgegengeht; denn § 3 des Entwurfes [73]) bestimmt ganz allgemein: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig seine Verpflichtung (Leistungspflicht oder Schutzpflicht) verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet." Diese Vorschrift umfaßt jede Art von Pflichtverletzung. Weiterhin heißt es in § 9 Abs. 1 und 3 Satz des Entwurfes: [74]) „Soweit der Schuldner die Leistung nicht oder nicht in gehöriger Weise erbringt, hat er dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen." „Der Schuldner wird von seiner Verpflichtung (sc. die geschuldete Leistung zu erbringen) frei, wenn er nachweist, daß die Erfüllung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat." Damit würde jener Grundsatz, der auch im bestehenden Recht bereits gilt, und in der Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung zu einer befriedigenden Lösung führt, daß nämlich der Schuldner bei jeder Verletzung des Leistungsinteresses des Gläubigers den Beweis seiner Schuldlosigkeit zu erbringen hat, im kommenden Recht in vollem Umfang seine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung finden.

---

[72]) Stoll, Die Lehre v. d. Leistungsstörungen.

[73]) Stoll, Die Lehre v. d. Leist. Stör. S. 62.

[74]) Siehe Stoll, ebenda S. 65 f.

Lebenslauf.

Am 24. Juni 1912 wurde ich in Borghorst in Westfalen als Sohn des Bauern Julius Schulze-Spenneberg und seiner Ehefrau Maria, geb. Schulze-Dalhoff, geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule zu Borghorst besuchte ich von 1922—1927 die dortige Rektoratschule und anschließend das hum. Gymnasium Paulinum zu Münster in Westfalen, das ich Ostern 1931 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Sodann studierte ich 6 Semester an der Universität zu Münster die Rechtswissenschaften und bestand am 22. Dezember 1934 vor dem Prüfungsausschuß bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 31. Januar 1935 befinde ich mich in der Ausbildung und zwar zur Zeit als Austauschreferendar bei dem Amtsgericht Erlangen. — Ich bin deutscher Staatsangehöriger.